

O adimplemento substancial nas obrigações de prestar alimentos: influxos da boa-fé objetiva nas relações familiares

João QUINELATO*

RESUMO: A partir do voto do Min. Luis Felipe Salomão no HC 439-973-MG, analisa-se a viabilidade da aplicação da teoria do adimplemento substancial nas obrigações de prestar alimentos, analisando-se os influxos da boa-fé objetiva nas relações familiares e sua recente contratualização. Privilegiando-se a análise funcional da prisão, coteja-se a dignidade do alimentando com a dignidade do alimentante, questionando-se, à luz da metodologia civil-constitucional, se a medida coercitiva se justifica nos casos de mínimos inadimplementos do devedor.

PALAVRAS-CHAVE: Pensão alimentícia; adimplemento substancial; boa-fé objetiva; dignidade da pessoa humana.

SUMÁRIO: 1. Impactos da metodologia civil-constitucional nas relações familiares; – 1.1. A contratualização do Direito de Família e os influxos da boa-fé; – 1.2. A figura do adimplemento substancial; – 2. A funcionalização da pensão alimentícia e do decreto prisional; – 2.1. Ponderação entre dignidade e prisão civil na hipótese de adimplemento substancial dos alimentos; – 3. Síntese conclusiva; – 4. Referências.

TITLE: *The Application of the Substantial Performance Theory in Child Support Obligations: Comments to Case HC 439.973-MG*

ABSTRACT: *Taking as a reference the vote of judge Luis Felipe Salomão, in HC 439-973-MG, this paper analyzes the viability of the application of the substantial performance theory in the child support obligations, analyzing the impacts of good faith in the familiar relationships. By privileging the functional analysis of the prison, the dignity of the debtor and creditor of child support obligations are taken into account, questioning, in the light of the civil-constitutional methodology, if the prison of debtor is justified in cases of minimum default of the debtor.*

KEYWORDS: *Child Support Obligations; Substantial Performance of Contract; Good Faith; Dignity of the human person.*

CONTENTS: *Impacts of the civil-constitutional methodology on family relations; – 1.1. The contractualisation of Family Law and the inflows of good faith; – 1.2. The theory of substantial performance; – 2. Functionalization of child support obligations and prison of debtor; – 2.1. Weighting between dignity and civil prison within substantial performance of child support obligations; – 3. Conclusive synthesis; – 4. References.*

Introdução

M. E. dos S., absolutamente incapaz, representado por sua genitora R. E. M. S., ajuizou ação para cumprimento de alimentos em face de seu pai, A. G. dos S., em razão do inadimplemento da obrigação de prestar alimentos. Consta dos autos que fixou-se

* Mestre em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Professor de Direito Civil do IBMEC. Advogado. Secretário-geral da Comissão de Direito Civil da OAB-RJ. Associado ao Instituto Brasileiro de Direito Civil – IBDCivil. Email: joaquinelato@gmail.com. O autor agradece vivamente aos alunos Mariana Torres e Bruno Martins, do IBMEC, pela ativa participação na pesquisa jurisprudencial e doutrinária, decisivas para esse trabalho.

alimentos no valor de 35% do salário mínimo e que o Réu estava inadimplente, ao tempo da prolação do acórdão, no importe total de R\$ 4.065,07. O juízo de primeiro grau, da Comarca de Belo Horizonte do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, reconheceu o inadimplemento do alimentante e ordenou a prisão civil de A.G. pela dívida alimentícia. Contudo, após pagamento da quase integralidade do débito pelo pai, no importe de aproximadamente 85,4% da dívida integral (R\$ 3.463,06 de R\$ 4.065,07), a mesma autoridade revogou sua decisão de prisão e determinou a expedição imediata do alvará de soltura em favor do executando.

Inconformado, o alimentando interpôs agravo de instrumento perante a 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, requerendo em sede de agravo a manutenção da prisão tendo em vista que o inadimplemento não havia sido sanado por completo (restando o pagamento do montante de R\$ 1.410,06) e, portanto, o decreto prisional ainda se justificaria. Ao julgar o agravo, o TJMG deu provimento ao pedido e decidiu por restabelecer o decreto prisional do devedor, amparando-se na Súmula 309 do Superior Tribunal de Justiça¹ e na impossibilidade de revogação da prisão civil a partir do pagamento parcial do débito alimentar.

Impetrou-se, em seguida, *Habeas Corpus* em favor de A. G. dos S., distribuído à 4ª Turma, sob relatoria do Min. Luis Felipe Salomão, requerendo-se a concessão de ordem de soltura do alimentante e que se reconhecesse o pagamento de parcela significativa da dívida, na proporção de 85,4% do débito, como suficiente à concessão da medida liberatória. Avaliando o caso, o Ministro relator deferiu o *writ* de ofício, por reconhecer a existência de mínimo inadimplemento da obrigação alimentar e pela viabilidade de aplicação da teoria do adimplemento substancial nas relações de pensões alimentícias.

Não obstante a decisão monocrática, uma vez submetida a questão para julgamento colegiado na 4ª Turma, o Ministro Antonio Carlos Ferreira apresentou voto-vista divergente, em que denegou o pedido de Habeas Corpus por acreditar que “a teoria do adimplemento substancial não tem incidência nos vínculos jurídicos familiares, menos ainda para solver controvérsias relacionadas a obrigações de natureza alimentar”.² A Turma, por maioria, denegou a ordem de Habeas Corpus. Votaram vencidos os Srs. Ministros Luis Felipe Salomão e Lázaro Guimarães (Desembargador convocado do TRF

¹ “O débito alimentar que autoriza a prisão civil do alimentante é o que compreende as três prestações anteriores ao ajuizamento da execução e as que se vencerem no curso do processo.”

² STJ, 4ª T., HC 439.973, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. em 16.08.2018.

5^a Região). Votaram com o Sr. Ministro Antonio Carlos Ferreira (Presidente) os Srs. Ministros Maria Isabel Gallotti e Min. Marco Buzzi.

A divergência suscitada no referido voto revela o dilema nos casos de prisão do devedor de alimentos nas hipóteses de inadimplementos nancicos. De um lado, a imperiosa tutela das necessidades básicas do alimentando, que depende essencialmente dos alimentos para a satisfação de suas necessidades básicas para seu desenvolvimento digno. De outro, o cerceamento de liberdade do alimentante, que adimpliu parcela significativa da dívida, distanciando-se da figura do devedor contumaz e desidioso para com o alimentado e que, por razões insuperáveis, não consegue adimplir a obrigação por completo.

É na busca de solução dessa tensão que se investigará a possibilidade de adoção da boa-fé objetiva como vetor interpretativo da função do decreto prisional e, como corolária da boa-fé objetiva, se a teoria do adimplemento substancial classicamente associada ao adimplemento adstrito ao campo contratual, poderá, seguindo-se a tendência da contratualização da família, aplicar-se nas obrigações atinentes ao direito de família.

A partir da análise do voto vencido do Min. Luis Felipe Salomão no julgamento do HC 439.973/MG, pretende-se no presente trabalho analisar a viabilidade – e mais que isso, as potencialidades – da aplicação da teoria do adimplemento substancial nas obrigações alimentícias. Na análise do aparente conflito entre a vida, a dignidade da pessoa humana, assistência familiar do alimentando e a liberdade do alimentante, propõe-se a reflexão se a preponderância dos primeiros deve subsistir nas hipóteses de mínimo inadimplemento do devedor. Busca-se, a partir da perspectiva metodológica do direito civil-constitucional, funcionalizar a prisão por dívida civil.

1. Constitucionalização e contratualização da família

Inserta no contexto onde a pessoa é posta na cimeira do ordenamento, à luz da visão constitucionalizada do Direito Civil, a prisão civil do devedor de alimentos apresenta-se como um desafio ao intérprete contemporâneo nas hipóteses de mínimo inadimplemento. A busca de uma solução entre os dois opostos parece orientar-se de melhor forma pela premissa metodológica da escola do direito civil-constitucional, cujos

influxos nas disciplinas do Direito de Família e Direito das obrigações são inegáveis.³

Trata-se de metodologia jurídica orientada à efetivação dos princípios e valores constitucionais na ordem privada.⁴ A entrada em vigor da Constituição da República de 1988 traz um novo desafio aos intérpretes do Direito Civil: garantir a tutela das situações patrimoniais e existenciais a partir da ótica da dignidade da pessoa humana, da funcionalização dos institutos, da incidência direta das normas constitucionais sobre o ordenamento privado⁵ e da predominância das situações existenciais sobre as patrimoniais.⁶ O advento da nova Carta fez com que o Código Civil deixasse o posto de constituição do direito privado, pondo em xeque a pretensa completude dos códigos para regular a vida privada em comunidade.⁷

A funcionalização⁸ – fio condutor da nova visão que se propõe para a prisão do alimentante por dívida civil – introduz tarefa interpretativa por meio da qual privilegia-

³ Cf TEPEPINO, Gustavo. Premissas metodológicas para a constitucionalização do Direito Civil. *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, *passim*. No mesmo sentido: TEPEPINO, Gustavo. Normas constitucionais e relações de direito civil na experiência brasileira. *Temas de Direito Civil - Tomo II*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 21-46; BODIN DE MORAES, Maria Celina. A caminho de um Direito Civil Constitucional. *Revista de Direito Civil*, nº 65, jul./set. 1993, p. 21-65; BODIN DE MORAES, Maria Celina. Constituição e Direito Civil: tendências, *Revista dos Tribunais*, ano 89, v. 779, set. 2000, p. 47-63.

⁴ Na definição de Pietro Perlingieri, o direito civil-constitucional representa uma “releitura do Código Civil e das leis especiais à luz da Constituição republicana.” (PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*, Trad. Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 570).

⁵ Segundo Gustavo Tepedino, há certo consenso entre os civilistas acerca eficácia direta das normas constitucionais sobre o ordenamento privado: “As normas constitucionais afiguram-se parte integrante da dogmática do direito civil, remodelando e revitalizando seus institutos, em torno de sua força reunificadora do sistema. Se assim não fosse, o ordenamento restaria fragmentado, decompondo-se o sistema por força da pluralidade de núcleos legislativos que o substituí, no curso do tempo, o sistema monolítico de codificação oitocentista” (TEPEPINO, Gustavo. Normas Constitucionais e Direito Civil na Construção Unitária do Ordenamento. *Temas de Direito Civil – Tomo III*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 8). Assim também se posiciona Paulo Lôbo: “A compreensão que se tem atualmente do processo de constitucionalização do direito civil não resume à aplicação direta dos direitos fundamentais às relações privadas, que é um de seus aspectos. Vai muito além. O significado mais importante é o da aplicação direta das normas constitucionais, máxime os princípios, quaisquer que sejam as relações privadas” (LÔBO, Paulo. A constitucionalização do Direito Civil Brasileiro. In TEPEPINO, Gustavo (org.). *Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional*. Anais do Congresso Internacional de Direito Civil-Constitucional da Cidade do Rio de Janeiro. São Paulo: Atlas, 2008, p. 21).

⁶ “Propriedade, empresa, família, relações contratuais tornam-se institutos funcionalizados à realização dos valores constitucionais, em especial da dignidade da pessoa humana, não mais havendo setores imunes a tal incidência axiológica, espécies de zonas francas para a atuação da autonomia privada. A autonomia privada deixa de configurar um valor em si mesma, e será merecedora de tutela somente se representar, em concreto, a realização de um valor constitucional” (TEPEPINO, Gustavo. Normas Constitucionais e Direito Civil na Construção Unitária do Ordenamento. *Temas de Direito Civil – Tomo III*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 5-6).

⁷ MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. Rumos cruzados do Direito Civil Pós-1988 e do Constitucionalismo de Hoje. In TEPEPINO, Gustavo (org.). *Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional*. Anais do Congresso Internacional de Direito Civil-Constitucional da Cidade do Rio de Janeiro. São Paulo: Atlas, 2008, p. 262.

⁸ BOBBIO, Norberto. *Verso una teoria funziolaista del diritto*. Dalla Struttura alla Funzione. Milano: Edizioni di Comunità, 1977.

se o perfil funcional dos institutos em detrimento do perfil estrutural.⁹ Institutos jurídicos de direito civil, no passado destinados à mera satisfação de interesses privados, como a prisão do devedor por dívida civil, passam a estarem a favor da realização de valores socialmente relevantes, mormente pela efetivação da cláusula geral de tutela da pessoa humana e da solidariedade social. Da autonomia privada à liberdade substancial, das titularidades exclusivas aos deveres extraproprietários, dos modelos excludentes ao valor jurídico das afetividades – exemplos da transição da ‘estrutura’ para a ‘função’:¹⁰ opostos que demonstram os novos contornos assumidos pelo Direito Civil com o advento da Constituição da República de 1988. Propriedade, contrato e família são relidos a partir da ótica constitucional.¹¹

No âmbito do Direito de Família, a nova orientação do Direito Privado introduzida pela Carta Maior concebeu um novo modelo familiar, o qual pauta-se nos princípios da dignidade da pessoa humana e da solidariedade social¹² (art. 1º, inciso III e art. 3º, inciso I da Constituição). Nesse novo panorama, o instituto da família assume um novo papel de composição dos interesses dos membros do grupo familiar, superando a visão que privilegiava a organização da configuração jurídica das famílias. Nesse sentido, a família, segundo Gustavo Tepedino, “passa a ser valorada de maneira instrumental, tutelada na medida em que - e somente na exata medida em que - se constitua em um núcleo intermediário de desenvolvimento da personalidade dos filhos e de promoção da dignidade de seus integrantes.”¹³

Forte na constitucionalização do Direito de Família, Maria Celina Bodin de Moraes inaugura a “família democrática”, na qual direitos não subsistem sem obrigações, autoridade não subsiste sem democracia e a busca pela realização do ideário de igualdade, liberdade e solidariedade são preocupações constante do ordenamento.¹⁴ Assim, a família atual pretende

⁹ “Com o papel assumido pela Constituição, os institutos do direito civil deixam de ser fins em si mesmo, e passam a ser identificados como instrumentos destinados a realizar finalidades maiores, consagradas estas no texto constitucional: instrumentos de realização do projeto constitucional” (KONDER, C. N. Desafios da constitucionalização do direito civil. In: FONSECA, Maria Guadalupe Piragibe da; FILHO, Celso Martins Azar. (Orgs.). *Constituição, Estado e Direito: reflexões contemporâneas*. Rio de Janeiro: Qualitymark, 2008, v. , p. 216).

¹⁰ FACHIN, Luiz Edson. *Direito Civil: sentidos, transformações e fim*. Rio de Janeiro: Renovar, 2015. p. 49.

¹¹ FACHIN, Luiz Edson. *Direito Civil*, op cit, p. 51; TEPEDINO, Gustavo. Notas sobre a função social do contrato. In: _____. *Temas de direito civil*, Tomo III. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 155.

¹² “A solidariedade implica uma série de deveres aos integrantes do grupo familiar, em que seus membros se co-responsabilizam uns pelos outros, principalmente quando existe algum tipo de vulnerabilidade” (MATOS, Ana Carla Harmatiuk; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Os alimentos entre a dogmática e a efetividade. *Revista Brasileira de Direito Civil*. Belo Horizonte, vol. 12, 2017, p. 76).

¹³ TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil 2*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 352.

¹⁴ “A família tradicional apresenta-se como triplamente desigual: nela, os homens têm mais valor que as mulheres; os pais, maior importância que os filhos e os heterossexuais mais direitos que os homossexuais.

a satisfação de exigências pessoais, capazes de proporcionar o livre e pleno desenvolvimento da personalidade de cada um dos membros da família, vista esta como uma formação social de natureza instrumental, aberta e democrática.¹⁵

Os influxos da Constituição nos modelos familiares impactam na desejável funcionalização das estruturas familiares, onde critérios tradicionais e estruturais cedem espaço a critérios que correspondam à plena satisfação dos membros familiares: famílias monoparentais, uniões entre pessoas do mesmo sexo, relacionamento paterno-filial,¹⁶ assistindo-se à democratização das relações familiares no plano fático e jurídico.¹⁷ A democratização significa reconhecer a capacidade de auto-composição dos membros do grupo familiar, fundada em critérios de igualdade e liberdade.¹⁸ É cediço, por esses fundamentos, que as relações familiares, nas quais estão insertas as obrigações alimentares, não ficaram imunes, como não poderia deixar de ser, ao fenômeno da constitucionalização da dogmática civil.

A democratização da família transborda-se, ainda, para o campo contratual, admitindo-se que as estruturas de família passem a ser reguladas não só por meio das disposições legais impostas aos seus membros ou da submissão a um modelo natural de família. Vai-se além e admite-se a autodefinição, por meio dos contratos familiares, dos efeitos sucessórios e patrimoniais dos novos desenhos familiares, no já conhecido fenômeno da contratualização do direito de família.

A contratualização da família fundamenta-se na vontade e na autonomia individual voltada à plena satisfação concreta dos interesses dos membros familiares por meio de estruturas não previstas na legislação, preservando os direitos e as obrigações de cada um dos membros da família.¹⁹ Uma teoria política da família fundada no contrato insere a questão familiar no próprio seio da questão social, de modo que a assunção da

Em contraposição ao modelo tradicional propõe-se atualmente o modelo da família democrática, onde não há direitos sem responsabilidades, nem autoridade sem democracia, e onde se busca pôr em prática em prática o slogan outrora revolucionário: igualdade, liberdade e solidariedade” (BODIN DE MORAES, Maria Celina. A família democrática. *RFD – Revista da Faculdade de Direito da UERJ*, p. 4).

¹⁵ Ibid. p. 10.

¹⁶ MARX NETO, Edgard Audomar; MONTEIRO MAFRA, Tereza Cristina. A democratização das relações familiares: casamento e conciliação entre igualdade, liberdade e responsabilidade. *IXI Encontro Nacional do CONPEDI*. Fortaleza, 2010, p. 8053.

¹⁷ MARX NETO, Edgard Audomar; MONTEIRO MAFRA, Tereza Cristina. A democratização das relações familiares: casamento e conciliação entre igualdade, liberdade e responsabilidade. *IXI Encontro Nacional do CONPEDI*. Fortaleza, 2010, p. 8053.

¹⁸ Ibid. p. 8053.

¹⁹ BORRILLO, Daniel. A contratualização dos vínculos familiares: casais sem gênero e filiação unissexuada. *Revista da AJURIS*. Porto Alegre, v. 43, n. 140, jun./2016, p. 375.

responsabilidade dos membros familiares é acompanhada da assunção de responsabilidade pelo próprio Estado, para a garantia da igualdade dos indivíduos.²⁰

Definindo a contratualização da família, Daniel Borrillo, em sua obra “*A contratualização dos vínculos familiares: casais sem gênero e filiação unissexuada*” destaca que:

a contratualização dos vínculos familiares permite deixar nas mãos dos principais interessados a organização da sua própria comunidade de vida, sem necessidade de se remeter a um suposto modelo natural.²¹

Assumir uma teoria contratualista dos afetos não implica deixar de lado os mais vulneráveis. Ao revés: a proteção ao equilíbrio das prestações e da proteção dos mais vulneráveis já sedimentada no âmbito contratual permite garantir de maneira mais eficaz os princípios de igualdade do conjunto dos membros dessa comunidade afetiva e patrimonial²² quando insertos em um contrato, contrariando a falaciosa lógica de que a lei, fonte tradicional dos modelos familiares clássicos, é o espaço pretensamente de promoção da igualdade, conforme lição de Pietro Perlingieri.²³

A contratualização das relações familiares alcança marcadamente o casamento, instituição profundamente remodelada à luz da Carta Magna, com a personalização e a democratização das relações e, ainda, a partir da concepção da família plural, dissolúvel e igualitária.²⁴ A contratualização do casamento afasta progressivamente os mecanismos de intervenção do Estado, garantindo aos cônjuges maior autonomia sobre o vínculo

²⁰ BORRILLO, Daniel. A contratualização dos vínculos familiares: casais sem gênero e filiação unissexuada. *Revista da AJURIS*. Porto Alegre, v. 43, n. 140, jun./2016, p. 375.

²¹ *Ibid.* p. 375.

²² *Ibid.* p. 387.

²³ “Superado o dogma da subsunção e a concepção da interpretação como operação puramente formal, impõe-se uma hermenêutica com fins aplicativos, voltada à máxima realização dos valores constitucionais em vista das peculiaridades do caso concreto. (...) A interpretação com fins aplicativos conduz à prioridade do perfil funcional dos institutos sobre o perfil estrutural. Superada a matriz positivista de priorizar a análise estrutural dos institutos – a composição de seus elementos –, como forma de salvaguardar a pesquisa teórica contra a infiltração de juízos de valores e de evitar a confusão entre direito positivo, o único objeto possível de uma teoria científica do direito, e direito ideal,¹⁶ defendeu-se a importância de priorizar, na análise de um instituto, seu perfil funcional, seus efeitos, passando do “como ele é” para o “para que ele serve”. Sob a perspectiva civil-constitucional, isso implica que não apenas deve-se priorizar a análise da função do instituto, mas também verificar sua compatibilidade com os valores que justificam a tutela jurídica do instituto por parte do ordenamento, positivados sob a forma de preceitos constitucionais. Dessa forma, o direito civil-constitucional não aprisiona o intérprete na literalidade da lei, nem o deixa livre para criar o direito a partir dos seus próprios instintos e opiniões: reconhece-lhe um papel criativo, mas sempre vinculado à realização dos valores constitucionais.¹⁹ Por meio dos princípios, valores sociais e culturais invadem claramente o mundo do direito, mas mediados pelos significantes que os expressam e por um cuidadoso mecanismo científico – posto argumentativo – de aplicação” (SCHREIBER, Anderson; KONDER, Carlos Nelson. Uma agenda para o direito civil-constitucional. *IBDCivil*: out./dez. 2016, vol. 10, p. 13-14).

²⁴ MARX NETO, Edgard Audomar; MONTEIRO MAFRA, Tereza Cristina. A democratização das relações familiares: casamento e conciliação entre igualdade, liberdade e responsabilidade. *IXI Encontro Nacional do CONPEDI*. Fortaleza, 2010, p. 8060.

conjugal. Reconhece-se, portanto, a ampla contratualização do mais clássicos dos institutos do direito de família, revelando maior autonomia privada aos membros da família e democratizando relações que muitas vezes foram restringidas sob o critério institucional.²⁵

Além do casamento,²⁶ a contratualização do direito de família alcança novas estruturas de família: o *pacto antenupcial*,²⁷ contrato preliminar que só produz efeitos se e quando o casamento é realizado e que se destina a estabelecer regime de bens distinto da comunhão parcial e da separação obrigatória; a *promessa esponsalícia*,²⁸ consistente numa promessa de casamento entre pessoas de sexo diferente, sem impedimentos matrimoniais, objetivando sedimentar relacionamento para a contratação futura do casamento;²⁹ e, por derradeiro, o *contrato de namoro*,³⁰ que visa pré-excluir a existência de união estável. Seu rompimento não provoca qualquer consequência de natureza indenizatória, ainda que tenha produzido algum constrangimento.

Seguem-se como exemplos concretos da contratualização, ainda, o *contrato de convivência*,³¹ entendido como “o instrumento pelo qual os sujeitos de uma união estável promovem regulamentações quanto ao reflexo da relação”;³² o *pacto civil de solidariedade*, entendido como “um contrato concluído entre duas pessoas físicas maiores, de sexo diferente ou do mesmo sexo, para organizar sua vida comum”, no qual

²⁵ Ibid. p. 8061.

²⁶ “Para uns, o casamento é uma ‘instituição social’, no sentido de que reflete uma situação jurídica, cujas regras e quadros se acham preestabelecidos pelo legislador, com vistas à organização social da união dos sexos (...) Para outros, o casamento é um ‘contrato’, tendo em vista a indispensável declaração convergente de vontades livremente manifestadas e tendentes à obtenção de finalidades jurídicas” (PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil- vol V*. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 84-89).

²⁷ TJMG, 6ª C. C., Ap. Cív. 10054150009725001, Rel. Des. Yeda Athias, j. em 18.08.2017: “Na ausência de pacto antenupcial por escritura pública, celebrado o casamento após a vigência da Lei nº 6.515/77, deve ser aplicado o regime legal da comunhão parcial de bens, em observância ao princípio do *tempus regit actum*”.

²⁸ TJSP, 7ª C. Direito Priv., Ap. Cív. 00504513320128260576, Rel. Des. Miguel Brandi, j. em 20.08.2015.

²⁹ “Trata-se, na realidade, de promessa de contratar. O termo provém de *sponsalia*, do Direito Romano, relativo à promessa que o *sponsor* (promitente, esposo) fazia à *sponsa* (esposa, prometida). No Direito Romano os sponsais eram um momento necessário para a formação do casamento. Trata-se, em síntese, da promessa de casamento, de um negócio preliminar” (VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: direito de família*. São Paulo: Atlas, 2012, p. 44-45).

³⁰ “Pela regra da primazia da realidade, um “contrato de namoro” não terá validade nenhuma em caso de separação, se, de fato a união tiver sido estável. A contrario sensu, se não houver união estável, mas namoro qualificado que poderá um dia evoluir para uma união estável o “contrato de união estável” celebrado antecipadamente à consolidação desta relação não será eficaz ou seja, não produzirá efeitos no mundo jurídico. Dessa forma, embora os depoimentos colhidos em audiência tenham convencido a II. Juíza de que o Autor e a ex-servidora eram companheiros, os documentos juntados aos autos e a história narrada pelo próprio Autor apontam outra realidade, a qual não pode ser ignorada em função da própria natureza jurídica do instituto” (STJ, AREsp 1149402, Rel. Min. Og Fernandes, pub. em 15.9.2017)

³¹ TJDF, 4ª T. Cív., Ap. Cív. 20110710199639, Rel. Des. Cruz Macedo, j. em 29.08.2016.

³² CAHALI, Francisco José. *Contrato de Convivência na União Estável*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 55.

pode-se até mesmo convencionar multas nas hipóteses de infidelidade conjugal;³³ e por fim, os *contratos de corretagem matrimonial*,³⁴ que referem-se às atividades de pessoas naturais ou jurídicas que se dedicam à aproximação de casais para fins de casamento, comumente denominadas agências matrimoniais.³⁵

O que se vê, portanto, é a progressiva introdução de instrumentos contratuais – majoritariamente atípicos – nas relações de Direito de Família, com a finalidade de resguardar direitos ao longo de relações familiares, caminho esse que conduz o mais desavisado dos intérpretes à conclusão de que a teoria de interpretação, tipicamente aplicável aos contratos – donde decorrem os institutos afins à boa-fé objetiva e, finalmente, o adimplemento substancial – passa a guiar, também e com igual importância, a disciplina das obrigações na família.

Ora, se insertos estamos dentro do ordenamento unitário,³⁶ é com certo grau de certeza que se pode afirmar que todos os princípios classicamente guardados à disciplina dos contratos devem, na visão unitária do ordenamento, regular inclusive as obrigações e os contratos familiares. É por meio da ponte construída pelo princípio da unicidade que relações de família se conectam à boa-fé objetiva, princípio classicamente contratual, cogitando-se da sua aplicação, especialmente quanto à figura do adimplemento substancial, não só nos contratos e nas obrigações clássicas mas, especialmente, nas obrigações do direito de família – com destaque às obrigações de prestar alimentos.

2.2. Interferências da boa-fé nas obrigações alimentares

³³ Art. 515-1 do Code Civil : “Un pacte civil de solidarité est un contrat conclu par deux personnes physiques majeures, de sexe différent ou de même sexe, pour organiser leur vie commune”. Em tradução livre: “Um pacto de solidariedade civil é um contrato celebrado por duas pessoas físicas principais, de um sexo diferente ou do mesmo sexo, para organizar a sua vida em conjunto.

³⁴ TJPR, 16ª C. C., Ap. Cív. 3017776, Rel. Des. Guilherme Luiz Gomes, j. em 9.11.2015.

³⁵ “A expressão corretagem matrimonial decorre do mesmo princípio do contrato de corretagem em geral e leva em conta a aproximação útil. Nada existe em nossa lei que proíba o negócio, embora existam doutrinadores que entendem que a atividade não é moral”. (VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: direito de família*. São Paulo: Atlas, 2012, p. 47-48).

³⁶ “A relação direta entre intérprete e norma constitucional tenta evitar o isolamento desta última do restante sistema normativo, confirmando a unidade do ordenamento e a conseqüente superação da tradicional contraposição entre público e privado, (...) em um esforço de modernização do instrumentário e, especialmente, da teoria da interpretação. (...) A tarefa da ciência jurídica é extrair uma ordem do caos legislativo e da grande quantidade dos textos de relevância jurídica e normativa e expressá-la em um sistema que nunca seja fim a si mesmo, que nunca tenha a pretensão de ser definitivo, mas que, ao contrário, tenha somente a função de composição tendencial e contingente das diversas partes, como construção do conjunto de elementos e de razões ao qual fazer referência para o controle das disposições vigentes que concorrem na individuação do próprio sistema” (PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Trad. Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2018, p. 590-592).

É pacífica a concepção de que o princípio da boa-fé é fonte normativa de deveres de comportamento pautados por um determinado arquétipo de conduta.³⁷ Incidentes não apenas no âmbito contratual, mas também nas relações jurídicas que não possuem cunho meramente negocial (aquelas que envolvam interesses *suprapessoais*),³⁸ os deveres de cooperação e de preservação da confiança alheia assumem relevância especial nas relações de família.³⁹

Na família, a boa-fé adquire a função de garantia e de manutenção de um ambiente privilegiado, voltado para a promoção da dignidade de seus membros, de modo que, conforme magistério de Judith Martins-Costa, “a solidariedade, a proteção mútua, o respeito e a consideração são atributos da família a serem atingidos não apenas nas relações existenciais do Direito de Família, mas também no que concerne aos vínculos de cunho patrimonial”,⁴⁰ atuando a boa-fé objetiva como fonte de deveres de conduta e, ainda, estabelecendo consequências jurídicas para a hipótese de descumprimento de tais deveres. Em concreto, vê-se a notória incidência da boa-fé objetiva na escolha e alteração do regime matrimonial de bens, na gestão patrimonial no casamento, bem como na partilha de bens quando da dissolução da sociedade conjugal, concluindo-se pela perfeita aplicabilidade do princípio também nas relações familiares.⁴¹

³⁷ SANCHES, Raquel. O princípio da boa-fé objetiva nas relações patrimoniais de família. *Revista do Tribunal Federal da 1ª Região*, v. 23, n. 9, set./2011, p. 41.

³⁸ GURGEL, Fernanda Pessanha do Amaral. *Direito de família e o princípio da boa-fé objetiva*. Curitiba: Juruá, 2009, p. 119.

³⁹ MARTINS-COSTA, Judith. *Diretrizes teóricas do novo Código Civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 139.

⁴⁰ *Ibid.* p. 43.

⁴¹ “A boa-fé objetiva, por conter valores essenciais, de conteúdo generalizante, deve ser posicionada como um princípio geral e aplicado em diversas espécies de relações jurídicas, inclusive nas relações patrimoniais de família” (SANCHES, Raquel. O princípio da boa-fé objetiva nas relações patrimoniais de família. *Revista do Tribunal Federal da 1ª Região*, v. 23, n. 9, set./2011, p. 47).

Para além da criação dos deveres anexos,⁴² das figuras parcelas⁴³ e da tríplice função,⁴⁴ a boa-fé objetiva impõe releitura também sobre o adimplemento. Distanciando o intérprete da visão do adimplemento como um evento pontual como causa de extinção da obrigação, abrem-se espaços para a visão do adimplemento como um fenômeno complexo e dinâmico ao longo do cumprimento da relação contratual, na célebre lição de Clóvis do Couto e Silva.⁴⁵ É nesse contexto que se assiste ao nascimento da teoria do adimplemento substancial ou *substancial performance*.

Atribui-se a origem da figura ao caso Boone v. Eyre⁴⁶, 1779, Inglaterra. Na hipótese, Boone obrigara-se a transferir ao demandado, Eyre, a propriedade de uma plantação (com os escravos que ali viviam) e garantia ao adquirente seu domínio e posse pacíficos. Em contrapartida, Eyre, obrigara-se a pagar-lhe certa quantia e uma renda anual. Em juízo, Boone cobrava-lhe o pagamento de renda atrasada e Eyre alegava que Boone não havia executado a obrigação de garantir-lhe o domínio sobre os bens alienados, pois a plantação lhe pertencia por hora da conclusão do contrato, mas não mais os escravos. Ao julgar o caso, o Lord. Mansfield entendeu pela procedência da ação, asseverando que a inexecução de Boone não era materialmente relevante – por tratarem-se de *warranties*, isto é, obrigações não essenciais, diferentes das *conditions*, cujo inadimplemento levaria

⁴² Os deveres acessórios da boa fé objetiva podem ser divididos em quatro categorias: deveres de *proteção*, o qual estabelece que durante o contrato as partes devem evitar que sejam inflingidos danos mútuos, nas suas pessoas ou nos seus patrimônios; de *esclarecimento*, que obrigam as partes a, na vigência do contrato, informarem-se mutuamente de todos os aspectos atinentes ao vínculo que as une; de *lealdade*, que impõem às partes a, na pendência contratual, absterem-se de comportamentos que possam falsear o objetivo do negócio ou desequilibrar o jogo das prestações; e, por fim, o dever da *violação positiva do contrato*, a qual ocorre quando há, na relação contratual, comportamento ofensivo que implique a violação de um dever acessório de lealdade (CORDEIRO, Antônio Menezes. *Da boa fé no direito civil*. Coimbra: Edições Almeida, 2013, p. 603-606).

⁴³ No que tange às figuras parcelares da boa fé, Menezes Cordeiro divide-as em: *Venire contra factum proprium*, entendido como o exercício de uma posição jurídica em contradição com o comportamento assumido anteriormente pelo exercente; *supressio*, situação do direito que, não tendo sido exercido durante determinado lapso de tempo, não possa mais sê-lo; *surrectio* (intimamente ligada à *supressio*), caracterizada pelo surgimento de um direito subjetivo pela ocorrência da *supressio*; por fim o *tu quoque*, entendida como a impossibilidade de uma pessoa que viola norma jurídica, exigir o exercício da situação jurídica que essa mesma norma lhe atribuiu (Ibid. p. 742-838).

⁴⁴ O professor português Menezes Cordeiro trata da tríplice função da boa fé objetiva, destacando a *boa fé como regra de conduta*, voltando-se para a sua função limitadora do exercício de abusos; a *alteração das circunstâncias* como sua função integrativa da relação contratual e, por fim, a *boa fé no pensamento jurídico* como sua função interpretativa dos negócios (Ibid. p. 1290-1297).

⁴⁵ “A influência da boa fé na formação dos institutos jurídicos é algo que não se pode desconhecer ou desprezar. Basta contemplar o Direito romano para avaliar sua importância. A atividade criadora dos magistrados romanos, restringida num primeiro momento ao ‘*ius gentium*’, e posteriormente estendida às relações entre os ‘*cives*’, através do ‘*ius honorarium*’, valorizava grandemente o comportamento ético das partes, o que se expressava, sobretudo, nas ‘*actiones ex fide bona*’, nas quais o arbítrio do ‘*iudex*’ se ampliava, para que pudesse considerar, na sentença, a retidão e a lisura do procedimento dos litigantes, quando da celebração do negócio jurídico (...) O princípio da boa fé contribui para determinar ‘o que’ e o ‘como’ da prestação e, ao relacionar ambos os figurantes do vínculo, fixa, também, os limites da prestação” (SILVA, Clóvis Veríssimo do Couto. *A obrigação como processo*. São Paulo: Bushatsky, 1796, p. 27-28).

⁴⁶ BECKER, Anelise. A doutrina do adimplemento substancial no Direito brasileiro e em perspectiva comparativista. *R. Fac. Direito UFRGS*. Porto Alegre, nov./1993, p. 61.

à sua resolução – e não justificar-se-ia, portanto, a ruptura da avença, devendo-se conduzir o contrato às perdas e danos decorrentes.⁴⁷ O inadimplemento, portanto, passa a qualificar-se da relevância no caso concreto, impondo a adoção de medidas menos gravosas em face do devedor quando o inadimplemento mostrava-se de menor relevância.

Ao tempo do Código de 1916, pode-se dizer que a hermenêutica orientava-se por meio da lógica individualista, em que a tutela da liberdade individual gozava de substancial preferência frente a demais princípios. Pouco se tratou da teoria do Adimplemento Substancial, principalmente por não ter o Código tratado expressamente do princípio da boa-fé objetiva e do princípio da função social do contrato como regras interpretativas do negócio jurídico, não obstante conter esparsas menções à boa-fé, curiosamente a maioria delas atinentes à posse e propriedade.⁴⁸ O Código Civil de 2002, por outro lado, dispoendo expressamente sobre o princípio da boa-fé objetiva,⁴⁹ sobre a função social do contrato⁵⁰ e a vedação ao abuso de direito,⁵¹ consolida a teoria na praxis judicial.

O adimplemento substancial se evidencia na medida em que o devedor executa quase a totalidade da obrigação, de tal forma que o descumprimento do contrato atinge proporções mínimas, não chegando a atingir os efeitos esperados pelo contrato.⁵² Tal construção surge com o objetivo de fomentar a avaliação da proporcionalidade entre o inadimplemento e suas consequências, de modo que, se o devedor cumpriu a quase totalidade da dívida, não poderia o credor resolver o contrato, apenas pedir a indenização.⁵³

Para além da verificação de um critério meramente matemático na aferição do adimplemento como substancial ou não, a doutrina aponta a necessidade de uma análise

⁴⁷ ANTOCHEVES DE LIMA, Aliciene Bueno. A teoria do adimplemento substancial e o princípio da boa-fé objetiva. *R. Eletrônica do Curso de Direito da UFSM*, vol. 2, n. 2, p. 77.

⁴⁸ MOURA SILVA, Carla Martins. O princípio da boa-fé objetiva como fundamento da teoria do adimplemento substancial. *Revista da Ejuse*, n. 22, 2015, p. 216.

⁴⁹ “Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.”; “Art. 113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração.”

⁵⁰ “Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.”

⁵¹ “Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.”

⁵² ANTOCHEVES DE LIMA, Aliciene Bueno. A teoria do adimplemento substancial e o princípio da boa-fé objetiva. *R. Eletrônica do Curso de Direito da UFSM*, vol. 2, n. 2, p. 76.

⁵³ SCHREIBER, Anderson. *Manual de direito civil contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 358. No mesmo sentido, vide o entendimento da Corte Especial: “A teoria do inadimplemento mínimo tem como finalidade impedir o uso desequilibrado do direito de resolução por parte do credor, preterindo desfazimentos desnecessários em prol da preservação da avença quando viável e for de interesse dos contratantes” (STJ, HC 439.973, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. em 12.03.2018).

qualitativa – e não só numérica ou quantitativa – do próprio adimplemento, devendo-se “reservar o adimplemento substancial um papel mais abrangente, qual seja, o de impedir que a resolução e os efeitos igualmente drásticos (...) não venham à tona sem uma ponderação judicial entre a utilidade da extinção da relação obrigacional para o credor e o prejuízo que adviria para o devedor e para terceiros a partir da resolução”.⁵⁴ Em outras palavras: não importará definir se o inadimplemento alcançou, por exemplo, 85%, 80% ou 90% mas, sim, os interesses concretos do devedor e credor.

Nas obrigações alimentares, a dificuldade acentua-se em relação aos demais casos de análise do inadimplemento. Isto porque, nessa matéria, figura no polo ativo da obrigação o alimentando, que dependerá da prestação alimentar para a satisfação de suas elementares necessidades, o que a princípio obstará por completo a tolerância com mínimos inadimplementos. Por outro lado, não se deve olvidar da grave limitação à liberdade do devedor, que poderá ter restringido um dos mais valiosos bens da vida – a liberdade – como consequência de descumprimentos nanicos, violando-se à própria função do decreto prisional previsto pelo codificador processual.

Feitos os básicos contornos acerca do adimplemento substancial, e resgatando-se a forma pela qual a boa-fé também vem tornando-se um cânone interpretativo das relações familiares, e para chegar-se, finalmente, na análise dos efeitos do mínimo inadimplemento das obrigações alimentares, seja permitida a conceituação e análise funcional da prisão civil do devedor de alimentos.

3. Breves notas sobre a obrigação alimentícia: características, função e relevância para a promoção da pessoa

O dever de alimentos tem origem no vínculo de parentesco, casamento ou união estável, como esclarece Schreiber.⁵⁵ Enquadra-se na categoria dos ditos alimentos legítimos, caracterizados como aqueles devidos em virtude de uma obrigação legal, baseados no parentesco ou em decorrência do matrimônio ou da união estável.⁵⁶

Na sua função, os alimentos visam a assegurar ao necessitado o essencial para a sua manutenção, entendida esta em sentido amplo, de modo a proporcionar os meios de

⁵⁴ SCHREIBER, Anderson. *Manual de direito civil contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 43.

⁵⁵ SCHREIBER, Anderson, op. cit., p. 915.

⁵⁶ ALMEIDA, Renata Barbosa de; JÚNIOR, Walsir Edson Rodrigues. *Direito civil: famílias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 415.

subsistência, nos casos em que o indivíduo não tem de onde tirá-los ou se encontra impossibilitado de produzi-los.⁵⁷ Assim, depreende-se que o instituto dos alimentos tem por finalidade a preservação da vida, em sentido lato,⁵⁸ visto que significa a sobrevivência digna daquele que deles necessita.⁵⁹

A matéria concerne ao elementar para a manutenção da integridade físico-psíquica de cada indivíduo, dizendo respeito à sua personalidade e ligando-se aos direitos e garantias fundamentais.⁶⁰ Logo, a pensão alimentícia exerce um papel de garantia da subsistência daqueles que, de alguma maneira, não o conseguem por si só. É cediço que o indivíduo digno é aquele que tem acesso ao mínimo de habitação, vestuário, educação, lazer, cultura,⁶¹ direitos criados tendo em vista a necessidade de se proteger a dignidade da pessoa. Trata-se da tutela dos recursos intrínsecos a todo e qualquer ser humano, chamado patrimônio mínimo, na medida em que, uma vez sem seus elementos básicos de sobrevivência, deixa de ser humano, coisificando-se.⁶² Nesse sentido, nota-se o caráter assistencial dos alimentos, evidenciado na medida em que estes não servem para enriquecer o alimentário, mas para promover -lhe uma vida digna.⁶³ É, justamente nessa relevância, que reside a dificuldade (mas não impossibilidade) de admitir-se pequenos inadimplementos.

O dever de prestar alimentos se assenta sobre o chamado binômio alimentar, que trata da *possibilidade* econômica de quem presta os alimentos (alimentante) e da *necessidade* econômica de quem necessita da pensão (alimentando).⁶⁴ São pressupostos materiais para a concessão do direito aos alimentos. Caracterizam-se pela prestação dos alimentos por quem os forneça sem desfalque do necessário ao próprio sustento (possibilidade) e

⁵⁷ CAHALI, Yussef Said. *Dos alimentos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p.36.

⁵⁸ “O instituto dos alimentos, apesar de tão tradicional, clama um novo olhar a partir da sua função: instrumento de preservação da vida, pois significa a sobrevivência digna daquele que deles necessita. Daí ser inegável seu caráter fundamental: se por um lado, significa o substrato material da dignidade humana no âmbito do direito de família (...)” (MATOS, Ana Carla Harmatiuk; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Os alimentos entre a dogmática e a efetividade. *Revista Brasileira de Direito Civil*, Belo Horizonte, vol. 12, 2017, p. 92).

⁵⁹ “Os alimentos, em sentido amplo, compreendem tudo aquilo que é necessário para que uma pessoa tenha uma existência digna. Não se limitam à alimentação, pois uma vida digna requer mais do que isso. Os alimentos devem proporcionar a satisfação das necessidades física, psíquica e intelectual do ser humano”. (ALMEIDA, Renata Barbosa de; JÚNIOR, Walsir Edson Rodrigues, op. cit., p. 415).

⁶⁰ FIGUEIREDO, Luciano. Alimentos Compensatórios: Compensação Econômica e Equilíbrio Patrimonial. *Revista Brasileira de Direito Civil*, vol. 6, 2015, p. 44-45.

⁶¹ FIGUEIREDO, Luciano. Alimentos Compensatórios: Compensação Econômica e Equilíbrio Patrimonial. *Revista Brasileira de Direito Civil*, vol. 6, p. 43

⁶² *Ibid.* p. 43.

⁶³ ALMEIDA, Renata Barbosa de; JÚNIOR, Walsir Edson Rodrigues. *Direito civil: famílias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 417.

⁶⁴ SCHREIBER, Anderson. *Manual de direito civil contemporâneo*. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 917.

por aquele que não tem bens suficientes, nem pode prover, por meio do seu trabalho, a própria manutenção (necessidade),⁶⁵ conforme magistério de Paulo Lôbo,

exige-se a comprovação da necessidade de quem o reclama; não basta ser titular do direito. Em contrapartida, a necessidade de alimentos de um depende da possibilidade do outro de provê-los.⁶⁶

São unânimes na doutrina as características de pessoalidade, irrenunciabilidade, irrepetibilidade, imprescritibilidade e impenhorabilidade dos alimentos. Por tratar-se de direito intimamente ligado ao desenvolvimento da pessoa, o define a doutrina como *direito personalíssimo* que, nas palavras de Yussef Sai Cahali, “representa um direito inato tendente a assegurar a subsistência e integridade física do ser humano”.⁶⁷ Os alimentos são, ainda, *irrenunciáveis*, conforme dicção literal do artigo 1.707 do Código Civil,⁶⁸ característica essa que não fica imune a críticas,⁶⁹ entendendo parcela da doutrina que a irrenunciabilidade apenas se justifica entre os parentes por estar presente o caráter permanente do fundamento alimentar, isto é, o parentesco. Ademais, se permanente a causa, permanente também será o direito.⁷⁰

Alimentos são, ainda, *irrepetíveis*, estabelecendo-se que a partir de seu pagamento os alimentos não podem ser objeto de restituição.⁷¹ Na lição de Renata Barbosa e Walsir Edson, “quem efetuou o pagamento não pode cobrá-lo de volta”, de modo que mesmo que o então alimentário obtenha posteriormente condições de restituir os recursos recebidos, não poderá fazê-lo. Não se trata de característica absoluta, de modo que, diante de situações de desrespeito ao princípio da boa-fé objetiva ou do enriquecimento sem causa, admite-se a repetibilidade.⁷²

⁶⁵ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 631.

⁶⁶ LÔBO, Paulo. *Direito civil: famílias*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 377.

⁶⁷ CAHALI, Yussef Said. *Dos alimentos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 49.

⁶⁸ “Art. 1.707. Pode o credor não exercer, porém lhe é vedado renunciar o direito a alimentos, sendo o respectivo crédito insuscetível de cessão, compensação ou penhora”.

⁶⁹ “Na opinião de Paulo Lôbo, ‘qualquer cláusula de renúncia, apesar da autonomia dos que a celebram, considera-se nula’. Tal entendimento chegou a ser consagrado na Súmula 379 do Supremo Tribunal Federal: ‘No acordo de desquite não se admite renúncia aos alimentos, que poderão ser pleiteados ulteriormente, verificados os pressupostos legais’. A jurisprudência mais recente, contudo, tem admitido a renúncia em sede de acordo de dissolução da sociedade conjugal. O Superior Tribunal de Justiça, por exemplo, afirma que ‘a cláusula de renúncia a alimentos, constante em acordo de separação devidamente homologado, é válida e eficaz, não permitindo ao ex cônjuge que renunciou, a pretensão de ser pensionado ou voltar a pleitear o encargo’. O mesmo entendimento tem sido aplicado aos acordos celebrados em sede de divórcio e de dissolução de união estável” (SCHREIBER, Anderson. *Manual de direito civil contemporâneo*. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 919).

⁷⁰ ALMEIDA, Renata Barbosa de; JÚNIOR, Walsir Edson Rodrigues. *Direito civil: famílias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 423.

⁷¹ SCHREIBER, Anderson. *Manual de direito civil contemporâneo*. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 918.

⁷² ALMEIDA, Renata Barbosa de; JÚNIOR, Walsir Edson Rodrigues, op. cit., p. 424.

A natureza de *imprescritibilidade* que reveste a pensão alimentícia, por seu turno, impõe ao seu titular o direito de exercício da pensão, não consumível pelo decurso do tempo. Imprescritibilidade essa atinente tão e somente ao direito subjetivo aos alimentos e não às suas prestações, fixando o Código o prazo prescricional bienal⁷³ das prestações alimentares.⁷⁴ Por derradeiro, a pensão reveste-se, ainda, da *impenhorabilidade*, de modo que os créditos alimentares não serão penhoráveis para a satisfação das dívidas do alimentando. Como certifica Caio Mário da Silva Pereira, a pensão configura-se, de pleno direito, isenta de penhora (art. 1707, CC/2002).⁷⁵

Dada extremada relevância que a pensão alimentícia adquire na promoção dos valores essenciais à pessoa, coube ao legislador prever mecanismos de coerção do adimplemento da obrigação, ampliando ao máximo as garantias do alimentando de que sua subsistência essencial não lhe faltaria e seu desenvolvimento não seria obstado de forma alguma – apresentando-se a prisão como instrumento de coerção do devedor.

A Carta Maior (art. 5º, LXVII) estabelece duas conhecidas hipóteses para prisão civil por dívida: prisão do depositário infiel e a do devedor de alimentos.⁷⁶ A primeira, decorrente dos tratados internacionais de direitos humanos em que o Brasil é signatário – essencialmente o Pacto de São José da Costa Rica, 1969 – teve sua inconstitucionalidade assentada pelo STF em 2008,⁷⁷ entendimento ratificado pela Súmula Vinculante n. 25.⁷⁸ A prisão civil por dívidas daquele que deve alimentos é, portanto, a única hipótese admitida hodiernamente na ordem jurídica brasileira.

3.1. Características e função da pena de prisão como instrumento de coerção ao adimplemento

⁷³ Cuida-se da previsão do art. 206, §2º: “Prescreve: Em dois anos, a pretensão para haver prestações alimentares, a partir da data em que se vencerem”.

⁷⁴ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 634-635.

⁷⁵ *Ibid.* p. 634.

⁷⁶ CF/88.: “LXVII - não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel;”

⁷⁷ “e não existem maiores controvérsias sobre a legitimidade constitucional da prisão civil do devedor de alimentos, assim não ocorre em relação à prisão do depositário infiel. As legislações mais avançadas em matéria de direitos humanos proíbem expressamente qualquer tipo de prisão civil decorrente do descumprimento de obrigações contratuais, excepcionando apenas o caso do alimentante inadimplente.” (STF, T. Pleno, RE 466.343-1, Rel. Min. Cezar Peluso, j. em 03.12.2008).

⁷⁸ Súmula Vinculante n. 25, STF: “É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito.”

A pena restritiva de liberdade, como instrumento de coerção ao adimplemento da obrigação, tem assento Constitucional (artigo 5º, LXVII)⁷⁹ e, ainda, no plano internacional, na Convenção Americana de Direitos Humanos.⁸⁰ Conforme ensinamento de Fredie Didier Jr:

“A prisão civil não é uma pena, sanção ou punição, ostentando a função de medida coercitiva, destinada a forçar o cumprimento da obrigação por parte do devedor. Cumprida a obrigação, a prisão atende à finalidade que se pretendia alcançar, que era o pagamento da dívida”⁸¹

O Código de Processo Civil de 2015 regula em seus artigos 528 a 533 a medida executória de prisão civil, conferindo-se ao devedor o prazo de 3 dias para que seja quitado o débito ou, não o fazendo, demonstrar a impossibilidade de efetuar-lo.⁸² Inova o Código, ainda, ao trazer mecanismo adicional de garantia da execução: o protesto.⁸³

O *quantum* do débito alimentar poderá ser executado judicialmente, se referente ao período de 1 (um) a 3 (três) meses de atraso, impondo-se ao devedor, ainda, o adimplemento das parcelas vencidas e as que vencerem no decorrer do processo,⁸⁴ conforme entendimento pacificado pelo STJ na Súmula 309.⁸⁵ Registre-se que, em contramão ao referido entendimento, dispõe o recente enunciado 147 da II Jornada de Direito Processual Civil que “basta o inadimplemento de uma parcela, no todo ou em parte, para decretação da prisão civil prevista no art. 528, § 7º, do CPC”, posição esta que aparentemente colide frontalmente com o dispositivo legal.

⁷⁹ CF, Artigo 5º, “LXVII - não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel;”

⁸⁰ MATOS, Ana Carla Harmatiuk; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Os Alimentos entre Dogmática e Efetividade. *Revista Brasileira de Direito Civil*. Belo Horizonte, vol. 12, abr./jun. 2017, p. 90.

⁸⁰ JR, Fredie Didier; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de direito processual civil volume 5*. Salvador: JusPodivm, 2017, pag. 723

⁸¹ JR, Fredie Didier; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de direito processual civil volume 5*. Salvador: JusPodivm, 2017, pag. 723.

⁸² PINHO, Humberto Dalla Bernadina de. *Direito Processual Civil Contemporâneo*. Saraiva, 2018, pag. 772.

⁸³ “Art. 528. No cumprimento de sentença que condene ao pagamento de prestação alimentícia ou de decisão interlocutória que fixe alimentos, o juiz, a requerimento do exequente, mandará intimar o executado pessoalmente para, em 3 (três) dias, pagar o débito, provar que o fez ou justificar a impossibilidade de efetuar-lo.; § 1º Caso o executado, no prazo referido no caput, não efetue o pagamento, não prove que o efetuou ou não apresente justificativa da impossibilidade de efetuar-lo, o juiz mandará protestar o pronunciamento judicial, aplicando-se, no que couber, o disposto no art. 517.; § 3º Se o executado não pagar ou se a justificativa apresentada não for aceita, o juiz, além de mandar protestar o pronunciamento judicial na forma do § 1º, decretar-lhe-á a prisão pelo prazo de 1 (um) a 3 (três) meses;”.

⁸⁴ BEDANI, Rebeca Soraia Gaspar. RDF, n. 101 – Abr-Maio/2017 (Edição Especial) – PARTE GERAL – DOUTRINA, p. 408.

⁸⁵ Súmula 309 STJ: “O débito alimentar que autoriza a prisão civil do alimentante é o que compreende as três prestações anteriores ao ajuizamento da execução e as que se vencerem no curso do processo.” No mesmo sentido, vide: PINHO, Humberto Dalla Bernadina de. *Direito Processual Civil Contemporâneo*. Saraiva, 2018, p. 772.

A prisão civil deverá ser cumprida em regime fechado, com o preso separado dos demais, relaxando-se a prisão na hipótese de cumprimento da obrigação.⁸⁶ O cumprimento total da reclusão, ressalte-se, não afasta a necessidade do pagamento total das parcelas, que ainda poderá ser executado por meio de meios executórios próprios, considerando-se que a função do decreto prisional é única e exclusivamente coercitiva visando o adimplemento final.⁸⁷

Subjaz à prisão civil por dívida de alimentos o embate entre direitos fundamentais – todos corolários da imponderável cláusula geral de tutela da pessoa humana –, a saber, a liberdade do alimentante e o direito à vida, saúde e bem estar do alimentando, parecendo-nos que a solução poderá perpassar pelo método da ponderação.⁸⁸

Observa-se, por outro lado, importante giro interpretativo das modalidades de extinção das obrigações para conceber-se que a execução da obrigação passe a recair sobre os bens (e não sobre a pessoa) do devedor, privilegiando-se a patrimonialidade em substituição à personalidade,⁸⁹ deixando o devedor de estar submetido diretamente ao credor para submeter-se unicamente à prestação. ⁹⁰ Caminha-se, nesse sentido, para a impessoalidade da obrigação, de modo a findar-se a excessiva personalização do vínculo obrigacional. ⁹¹ Nesse sentido:

Há humanização da execução, pois na ótica da obrigação como liberdade a única hipótese de prisão civil concebida pelo ordenamento jurídico será por débito alimentar. Trata-se de forma residual e legítima de coação ao cumprimento de obrigações visando em última instância preservar a vida e a dignidade da pessoa humana (coincidentemente na posição de credor).⁹²

Percorrendo caminho permeado pela remodelação da estrutura familiar, pela contratualização das relações familiares, pela a expansão da boa-fé objetiva sobre as relações e obrigações do direito de família e, ainda, pela progressiva substituição da

⁸⁶ MATOS, Ana Carla Harmatiuk; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Os Alimentos entre Dogmática e Efetividade. *Revista Brasileira de Direito Civil*. Belo Horizonte, abr./jun. 2017, vol. 12, p. 90-91.

⁸⁷ BEDANI, Rebeca Soraia Gaspar. RDF, n. 101 – Abr-Maio/2017 (Edição Especial) – PARTE GERAL – DOCTRINA, p. 407- 408.

⁸⁸ A ponderação é uma técnica de decisão jurídica que pode ser dividida em três etapas: a primeira, para detectar as normas relevantes para a solução do caso, reconhecendo os confrontos presentes; a segunda, para examinar os fatos, as circunstâncias concretas e a interação com os elementos normativos; e a terceira etapa, aquela em que ocorre, de fato, a ponderação. (BARROSO, Luis Roberto. *Colisão entre Liberdade de Expressão e Direitos da Personalidade. Critérios de Ponderação. Interpretação Constitucionalmente adequada do Código Civil e da Lei da Imprensa*. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: jan./mar. 2004, p. 9-10).

⁸⁹ FARIAS, Cristiano Chaves de; Rosenvald, Nelson. *Curso de Direito Civil vol.2 obrigações*, 2017, p. 48.

⁹⁰ FARIAS, Cristiano Chaves de; Rosenvald, Nelson. *Curso de Direito Civil vol.2 obrigações*, 2017, p. 48.

⁹¹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições do Direito Civil vol.2 Teoria Geral das Obrigações*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, pag 10.

⁹² FARIAS, Cristiano Chaves de ; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil vol.2 Obrigações* , 2017, pag 48.

personalidade pela patrimonialidade na execução da obrigação, pode-se cogitar da aplicação da teoria do adimplemento substancial nas obrigações alimentares, sem que isso implique em violação à dignidade materialmente relevante do alimentando.

É como observou o Min. Luis Felipe Salomão em seu lapidar voto no HC 439.973-MG acima referenciado:

Realmente, é pela lente das cláusulas gerais, previstas no Código Civil e no Código Processo Civil, notadamente da boa-fé objetiva, da função social, da vedação ao abuso de direito e da dignidade humana, que deverá ser redimida a presente questão, deixando o foco de ser a resolução contratual, na qual a tese já é amplamente reconhecida, para se concentrar na possibilidade de se afastar a prisão civil do executado quando houver cumprimento da parcela extremamente significativa da sua obrigação.⁹³

Destacou-se, na ocasião, que se deve atentar para a função do decreto prisional nessas hipóteses: a de reprimir o contumaz devedor que embora possua condições para saldar a dívida, se valha de todos os meios protelatórios possíveis para postergar seu pagamento. Recorre-se à prisão como uma ferramenta executória de *ultima ratio* e, assim o sendo, seria injustificada nas hipóteses de pequenos inadimplementos. Vejamos:

Diante dessa conjectura, apenas quando a prestação alimentar for suficientemente satisfatória e a parcela mínima faltante for irrelevante dentro do contexto geral, alcançando o resultado tao próximo do almejado, é que o aprisionamento poderá ser tido como extremamente gravoso em face de tão insignificante inadimplemento. O reconhecimento da substancial performance não significará, por óbvio, a extinção do vínculo obrigacional, pois o executado continuará com o dever de pagamento integral da dívida alimentar, afastando-se tão somente a técnica executiva da prisão civil do devedor, já que, como sabido, se trata de medida de índole coercitiva e não punitiva.⁹⁴

Tanto a incidência do princípio da boa-fé de forma progressiva nas relações contratuais de Direito de Família, quanto a transição da execução das obrigações sob o ponto de vista patrimonial e não pessoal, portanto, parecem viabilizar a aplicação da teoria do adimplemento substancial nas relações familiares. O prejuízo mínimo ao alimentado não parece justificar o cerceamento de liberdade do devedor, medida grave e extremamente onerosa ao devedor. O credor poderá valer-se de todos os demais meios executórios para cumprimento forçado da obrigação, de modo que, ao se cogitar da aplicação do adimplemento substancial nessas hipóteses, não se tolera, de forma alguma, o inadimplemento, mas, ao revés, pondera-se a aplicação da grave medida de reclusão para a satisfação de mínimos inadimplementos.

⁹³ STJ, 4ª T., HC 439.973, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. em 12.03.2018

⁹⁴ STJ, 4ª T., HC 439.973, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. em 12.03.2018

Destarte, o adimplemento de 85,4% do débito, como se vê no caso em comento, conota uma atuação proativa do devedor em tentar adimplir seu débito, coadunando-se com os padrões de conduta impostos pela boa fé na relação credor x devedor, de modo que a decretação da prisão do devedor não parece coadunar-se com a função do próprio instituto.

4. Síntese conclusiva

A reestruturação do Direito Civil à luz dos valores constitucionais, introduzida pela Constituição de 1988, portanto, propõe a tutela das situações patrimoniais e existenciais a partir da ótica da dignidade da pessoa humana, da funcionalização dos institutos a partir da predominância das situações existenciais sobre as patrimoniais. Nesse sentido, institutos jurídicos de direito civil – família, contrato e propriedade –, voltaram-se à realização de valores socialmente relevantes.

No âmbito do Direito de Família, tal mudança promoveu a democratização das relações afetivas, com o reconhecimento gradativo de igualdade entre os indivíduos do grupo familiar. Assistiu-se progressivamente ao fenômeno da contratualização da família, fundamentando-a na vontade e na autonomia individual para a construção de novos modelos familiares até então não cogitados pelo legislador. Nesse movimento, assume protagonismo a boa-fé como cânone interpretativo dos contratos nas famílias, construindo-se por meio da inserção do contrato na família uma ponte que ligará as obrigações alimentares à teoria do adimplemento substancial.

A admissão do inadimplemento substancial, reforce-se, não implica em remissão ou concordância do débito ou, muito menos, em quaisquer das modalidades de extinção das obrigações, considerando-se a relevância dos alimentos para o alimentando. A aplicação do adimplemento substancial implica, em verdade, no dever de utilização de meios menos gravosos à execução da dívida pelo credor, não restringindo-se a liberdade do devedor por débitos de pequena monta.

6. Referências

ALMEIDA, Renata Barbosa de; JÚNIOR, Walsir Edson Rodrigues. *Direito civil: famílias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

ANTOCHEVES DE LIMA, Aliciene Bueno. A teoria do adimplemento substancial e o princípio da boa-fé objetiva. *R. Eletrônica do Curso de Direito da UFSM*, vol. 2, n. 2.

- BARROSO, Luis Roberto. *Colisão entre Liberdade de Expressão e Direitos da Personalidade. Critérios de Ponderação. Interpretação Constitucionalmente adequada do Código Civil e da Lei da Imprensa*. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: jan.-mar./ 2004.
- BECKER, Anelise. A doutrina do adimplemento substancial no Direito brasileiro e em perspectiva comparativista. *R. Fac. Direito UFRGS*. Porto Alegre, nov./1993.
- BEDANI, Rebeca Soraia Gaspar. O devedor de pensão alimentícia no novo código de processo civil. *RDF*, n. 101, abr.-maio/2017 (Edição Especial) – Parte Geral – Doutrina.
- BOBBIO, Norberto. *Verso una teoria funziolaista del diritto*. Dalla Struttura ala Funzione. Milano: Edizioni di Comunità, 1977.
- BODIN DE MORAES, Maria Celina. A caminho de um Direito Civil Constitucional. *Revista de Direito Civil*, nº 65, jul./set. 1993.
- BODIN DE MORAES, Maria Celina. A família democrática. *RFD – Revista da Faculdade de Direito da UERJ*.
- BODIN DE MORAES, Maria Celina. Constituição e Direito Civil: tendências, *Revista dos Tribunais*, ano 89, v. 779, set. 2000
- BORRILLO, Daniel. A contratualização dos vínculos familiares: casais sem gênero e filiação unissexuada. *Revista da AJURIS*. Porto Alegre, v. 43, n. 140, jun./2016.
- CAHALI, Yussef Said. *Dos alimentos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2017.
- CORDEIRO, Antônio Menezes. *Da boa fé no direito civil*. Coimbra: Edições Almeida, 2013.
- FACHIN, Luiz Edson. *Direito Civil: sentidos, transformações e fim*. Rio de Janeiro: Renovar, 2015.
- FARIAS, Cristiano Chaves de; Rosendal, Nelson. *Curso de Direito Civil vol.2 obrigações*, 2017.
- FIGUEIREDO, Luciano. Alimentos Compensatórios: Compensação Econômica e Equilíbrio Patrimonial. *Revista Brasileira de Direito Civil*, vol. 6, 2015.
- FONSECA, Maria Guadalupe Piragibe da; FILHO, Celso Martins Azar. (Orgs.). *Constituição, Estado e Direito: reflexões contemporâneas*. Rio de Janeiro: Qualitymark, 2008.
- GARCIA, A.S. et al. I UNOPAR. *Cient. Juríd. Empres. Londrina*, v.2, n. 1, mar./2011.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: contratos e atos unilaterais*. São Paulo: Saraiva, 2010.
- GUIMARÃES DE SOUZA LIMA, Caroline Melchades Salvadego; MARQUESI, Roberto Wagner. A teoria do adimplemento substancial e os critérios para sua aplicação. *R. Pensamento Jurídico*. São Paulo, vol. 2, n. 1, jan./jun. 2018.
- GURGEL, Fernanda Pessanha do Amaral. *Direito de família e o princípio da boa-fé objetiva*. Curitiba: Juruá, 2009.
- LÔBO, Paulo. *Direito civil: famílias*. São Paulo: Saraiva, 2011.
- MARTINS-COSTA, Judith. *Diretrizes teóricas do novo Código Civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2002.
- MARX NETO, Edgard Audomar; MONTEIRO MAFRA, Tereza Cristina. A democratização das relações familiares: casamento e conciliação entre igualdade, liberdade e responsabilidade. *IXI Encontro Nacional do CONPEDI*. Fortaleza, 2010.

- MATOS, Ana Carla Harmatiuk; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Os alimentos entre a dogmática e a efetividade. *Revista Brasileira de Direito Civil*. Belo Horizonte, vol. 12, 2017.
- MOURA SILVA, Carla Martins. O princípio da boa-fé objetiva como fundamento da teoria do adimplemento substancial. *Revista da Ejuse*, n. 22, 2015.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2017.
- PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constituconal*. Trad. Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2018.
- PINHO, Humberto Dalla Bernadina de. *Direito Processual Civil Contemporâneo*. Saraiva, 2018.
- SANCHES, Raquel. O princípio da boa-fé objetiva nas relações patrimoniais de família. *Revista do Tribunal Federal da 1ª Região*, v. 23, n. 9, set./2011.
- SILVA, Clóvis Veríssimo do Couto. *A obrigação como processo*. São Paulo: Bushatsky, 1996.
- SCHREIBER, Anderson. *Manual de direito civil contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2018.
- TEPEDINO, Gustavo (org.). *Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional*. Anais do Congresso Internacional de Direito Civil-Constitucional da Cidade do Rio de Janeiro. São Paulo: Atlas, 2008.
- TEPEDINO, Gustavo. O Código Civil e o Direito Civil Constitucional. *Revista Trimestral de Direito Civil*. Rio de Janeiro, v. 13, 2003.
- TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil - Tomo II*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil – Tomo III*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.
- TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.
- VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: direito de família*. São Paulo: Atlas, 2012.

Como citar: QUINELATO, João. O adimplemento substancial nas obrigações de prestar alimentos: influxos da boa-fé objetiva nas relações familiares. **Civilistica.com**. Rio de Janeiro, a. 7, n. 3, 2018. Disponível em: <<http://civilistica.com/o-adimplemento-substancial-nas-obrigacoes/>>. Data de acesso.